Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XII.

Ueber das Verhältniß des Beklagten bei der Erbschaftsklage.

Von Thibaut.

Die Grundsätze von dem Verhältniß des Beklagten in Rücksicht der Erbschaftsklage scheinen mir noch immer nicht recht aufgeklärt, und ich glaube, daß es nöthig ist, das Nachdenken wieder darüber zu wecken.

Früher hielt man sich lange Zeit mit vollem juristischen Gehorsam an das, was die Gesetze ausdrücklich über diesen Punkt sagen, und begnügte sich mit einigen fingirten Erklärungsgründen, welche so ziemlich auf eine petitio principii hinauslaufen. Dadurch wurden Einige so kühn, daß sie den Gesetzen die gröbsten Irrthümer vorwarfen. Diese Kühnheit fand aber durchaus keinen Beifall, und so wurden denn getrost die alten Sätze, ohne weitere Rechtfertigung, als etwas ganz Natürliches wiederholt [1]).

Die Sache, worauf es mir hier ankommt, ist die, daß die Gesetze sagen: die Erbschaftsklage könne angestellt werden gegen den, welcher pro herede oder pro possessore besitze, und als Besitzer pro herede gelte nicht bloß der angebliche Civil-Erbe, sondern auch der angebliche bonorum possessor; pro possessore hingegen besitze derjenige, welcher keinen gerechten Grund des Besitzes habe, also ohne allen Rechtsgrund, oder vermöge eines in sich ganz nichtigen Titels detinire. So erklärt sich Ulpianus aufs Bestimm-

1) Glück Erl. d. Pand. 7. B. §. 565.

teste [2]), und gleichfalls Julianus [3]). Die Institutionen sagen dasselbe [4]), und eben so äußert sich Theophilus [5]).

Bedenklich sind diese Sätze gewiß nicht in Betracht des angeblichen Nichterben. Denn erweist der Kläger, daß ihm die Erbschaft gehöre, so ist eben damit das Unrecht des Beklagten im Verhältniß zum Kläger dargethan, folglich muß der Erste dem Letzten weichen. Allein mit dem Besitze pro possessore scheint sich die Sache anders zu verhalten. Denn der bloße Umstand, daß Jemand ohne allen Rechtsgrund besitzt, berechtigt Andre nicht, sich die Sache anzumaßen, sondern es gehört dazu noch eine besondere Legitimation des Klägers [6]). Wie folgt also aus dem Erbrecht des Einen das Unrecht aller nicht-titulirten Besitzer? Man hat diese Schwierigkeiten durch Fictionen zu heben gesucht, welche nichts als dicta probantia ohne Erklärungsgrund enthalten. Donellus sagt: omnino qui possessionis suae nullam aliam specialem caussam dicit, in rebus hereditariis defuncti tenendis, is vi ipsa satis significat, se pro herede gerere, atque hoc animo res possidere [7]). Dieselbe Idee findet sich oft in den Werken von Cujacius, aber ohne Deduction [8]), und vielleicht ist dadurch Westphal [9]) veranlaßt, nach seiner Weise zu sagen: „Es wird erfordert, daß Dieb und Räuber sagen, sie seyen

2) L. 11. 12. 13. de her. pet. (5. 2.)

3) L. 16. §. 4. eod.

4) §. 3. J. de interd. (4. 15.)

5) Paraphr. L. 4. T. 15. §. 3.

6) L. 5. pr. inf. si ususfr. pet. (7. 6.)

7) Comment. L. 19. c. 12.

8) Obs. L. 10. c. 1. (op. T. 3. p. 253) ad Paul. ad ed. L. 22. ad L. 22. de neg. gest. L. 22. ad L. 15. fin. reg. (op. P. 5. p. 260. 347.) ad different. Modest. L. 6. ad L. 47. de pet. her. (op. T. 5. p. 1177. 1178.) ad Tit. C. quor. bon. (op. P. 9. p. 1146. 1147).

9) Von Vorleg. u. Eröffn. d. Testamente §. 382.

Erben.“ Bachovius [10]) dagegen hilft ſich mit dem andern Wahlſpruch: hanc actionem concedi in favorem heredis, et odium possessoris, während Beyer [11]) ſich die wunderlichſte aller Behauptungen erlaubt hat: die Erbſchaftsklage gehe deswegen gegen den untitulirten Beſitzer, weil man denke, er werde ſich noch wohl nachher auf den titulus pro herede berufen. Andre und beſſere Erklärungen unſrer Juriſten kenne ich nicht.

Bei dieſen Umſtänden iſt es wohl begreiflich, daß am Ende auch auf die Claſſiker ſelbſt Angriffe gemacht ſind. Schon einige Kühnheit hat in dieſer Hinſicht Hommel [12]) bewieſen. Er hält nämlich das, was man bisher nach dem klaren Buchſtaben der Geſetze lehrte, für völlig verkehrt, und ſo muß denn Ulpianus ſelbſt daran. Dieſer war nämlich ein Tyrier, verſtand das Lateiniſche des alten Edikts nicht, überſah, daß oft durch den Ausdruck: pro possessore auch der bonorum possessor bezeichnet wird, und ſo machte er aus dem bonorum possessor einen possessor sine caussa!! Es iſt auffallend, daß Hommel eine frühere ganz ähnliche Abhandlung von Branchu [13]) nicht benutzte. Der Unterſchied iſt darin nur, daß Branchu die claſſiſchen Belege etwas beſſer kannte, alſo Mehrere des Irrthums beſchuldigen mußte. Allein damit ließ ſich auch fertig werden. Die claſſiſchen Juriſten werden alſo erſt recht gelobt, aber dann folgt der Nachſatz: verum quum nihil humani ab iis alienum fuerit, atque errare sit maxime humanum, non erit adeo mirum, si ostendatur error aliquis eorum. Der Irrthum iſt nun eben derſelbe, den Hommel entdeckt haben will.

---

10) Comm. ad Inst. L. 4. P. 15. §. 13.

11) Citirt in Hommel rhaps. Vol. 5. Obs. 675.

12) In ſeiner epistola de mirabili Ulpiani impostura, welche nachher in die vorhin citirten Rhapſodien überging.

13) Observationes ad ius Romanum Lugd. Bat. 1721. T. 1. c. 6.

Bevor ich auf den problematischen Punkt übergehe, muß ich bemerken, daß manche Schwierigkeiten ganz von selbst verschwinden, wenn der Hauptsatz richtig gestellt wird. Die Classiker haben nämlich nie gelehrt, daß der Erbe einer Person alle untitulirten Besitzer bloß deswegen, weil er Erbe sey, angreifen könne, sondern sie verlangen daneben auch noch von ihm den Beweis, daß die Sache, vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechtes, zur Erbmasse gehöre. Hierüber ist schon L. 18. §. 2. L. 19. pr. de her. pet. (5. 3.) ganz entscheidend:

Ulpianus: Nunc videndum, quae veniant in hereditatis petitionem. Et placuit, universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint.

Paulus: Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla facile sit actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

Nehmen wir nun den ersten denkbaren Fall, daß eine Sache vermöge eines dinglichen Rechtes zur Erbmasse gehört (es sey nun nach strengen Grundsätzen der Vindicationen, oder wenigstens nach Grundsätzen der actio publiciana), so ist hier in der That nichts Problematisches oder Uncivilistisches. Denn beweist der Erbe jene Eigenschaften, so muß der Gegner, welcher nur pro possessore besitzt, natürlich weichen, weil er dinglich besiegt ist, und die Zulassung der hereditatis petitio begreift sich hier eben so gut, als daß die Römer auch sonst zur Vereinfachung des Processes Collectiv-Klagen gestattet haben, wo, wenn man alles auf die

Spitze ſtellen wollte, eine Reihe von Special-Klagen erforderlich geweſen wäre [14]). Nur dann wäre es unpaſſend geweſen, die Erbſchaftsklage gegen den Dritten zu geſtatten, wenn dieſer titulo singulari beſitzt. Denn dann kann bei einer Vielheit von Sachen und Titeln eine Mannigfaltigkeit der Proceſſe nöthig werden, und der Rechtsſtreit ſich in eine contravindicatio verlieren, wobei das Thema weiter geht, als der Grund der Erbſchaftsklage; und hier verweiſen auch die Geſetze den Erben auf die gehörigen Special-Klagen. [15])

Die einzige Schwierigkeit liegt alſo bloß darin, daß die Erbſchaftsklage gegen den Beſitzer pro possessore auch wegen der Sachen angeſtellt werden kann, welche nur wegen eines ſogenannten juris in personam zur Erbmaſſe gehören. Denn konnte der Erblaſſer ſelbſt wegen eines ſolchen Rechtes nicht gegen Dritte klagen, wie kann es jetzt der Erbe? Dieſe Schwierigkeit iſt unbeſiegbar, wenn man, wie es ſo oft geſchehen iſt, Sätze des poſitiven Rechts als unjuriſtiſch behandelt, weil ſie in andern Geſetzen nicht ſtehen, und der Gewohnheit wegen annimmt, es laſſe ſich a priori zeigen, daß nur ſo und ſo viel Arten des juris in re gedacht werden könnten. Dieß iſt nun aber eines der verkehrteſten Vorurtheile. Denn es hängt ja von der Willkühr des Geſetzgebers ab, ob er wegen einer Sache eine Vindication geſtatten will, oder nicht. Hätte z. B. das Römiſche Recht den Satz des C. Nap. gehabt, daß Kauf die Miethe nicht breche, ſo würde man kein Bedenken getragen haben, die Sachenmiethe zu den dinglichen Rechten zu zählen, während man umgekehrt das Eigenthum an Mobilien nicht würde dahin gezählt haben, wenn die Römer, wie das neu-franzöſiſche Recht, die vindicatio mobilium verworfen hätten.

Betrachten wir die Geſchichte der dinglichen Rechte, ſo ergibt ſich von ſelbſt, daß die Geſetzgebung hier nicht durch

14) L. 1. &. 3. L. 2. L. 3. pr. de R. V. (6. 1.)

15) L. 7. c. de pet. her. (3. 31.) L. 4. C. in quib. causs. ceſſet 2. t. pr. (7. 34.)

Construiren der Begriffe, sondern durch zufällige Umstände und Billigkeit geleitet ward, ohne je zu einer vollen Abrundung der Rechtssätze zu kommen. Die alte Strenge war ganz gegen Sachen-Vindicationen, wie schon das später sogenannte dominium bonitarium zeigt. Allein die natürliche Billigkeit wird sich immer zu dem Satz neigen: qui prior tempore, potior jure, und diesem Satz ward auch später vielfach nachgegeben, ohne daß man gerade mit neuen Regeln gegen die alte Regel wirkte. Wie fast überall, so setzte sich auch hier eine Einzelnheit an die andre, und Niemand kann sagen, wie weit die Sache gekommen wäre, wenn sich das Recht durch die Prätoren, und große Ausleger im vierten und fünften Jahrhundert noch ferner frei fortgebildet hätte. Damit kommen wir denn hier auf allerlei Dinge, welche unsre Construirer uncivilistisch und anomalisch nennen müssen, welche sich aber überall finden, wo sich das Recht im Leben durch das Leben bildet, und wo eine Nation, ihr Alterthum ehrend, nur mit gewisser Furchtsamkeit den Neuerungen Raum gibt. So läßt es sich gewiß nicht aus der Altrömischen Strenge construiren, daß aus dem bloßen pacto hypothecae eine actio in rem gegen Dritte Statt findet. Dennoch ward sie später bei den Römern gestattet; aber wie zuerst? Bloß dem Verpächter eines praedii rustici! [16]) Stände so etwas in einem Pandekten-Fragmente ohne Angabe des Erfinders, so würde Hommel auch wohl wieder von einer mirabilis impostura geredet haben. Allein zum Glück ist uns bestimmt erzählt, daß ein Prätor Servius der Erfinder des beschränkten Rechtssatzes war, wonach man später allmählig eine Regel bildete, und so hat denn diese kleine historische Notiz alles begreiflich gemacht, was ohne sie gewiß Vielen unerklärbar gewesen wäre. Ferner: wenn Jemand eine Sache sub modo veräußert, und der Empfänger den modus nicht erfüllt, so würde nach der Strenge des Rechts,

16) §. 7. J. de act. (4. 6.) et *Theophilus* ibid.

wegen der nun einmal geschehenen Uebertragung des Eigenthums, die Sache von dem dritten Besitzer nicht vindicirt werden können. Allein durch Rescripte bildete sich doch eine Ausnahme für den Fall, wenn der Modus die Alimentirung des Gebers bezweckt [17]). Eben so wenig ließe sich nach civilistischer Strenge eine restitutio minorum gegen dritte Besitzer herausbringen. Dennoch ist sie für den Nothfall gestattet, keineswegs mit einer vornehmen Construction der Rechtsbegriffe, sondern recht menschlich (in der Art, wie die Classiker oft interpretiren) mit einem: puto interdum permittendum, id est, si grande sit damnum minoris [18]). Man könnte sogar mit einer gewissen eleganten Subtilität die actio quod metus caussa, in so fern sie bei stricti juris negotiis gegen dritte Besitzer geht, für einen verkehrten Bruch des Rechts erklären, und noch mehr die ganze actio Publiciana. Denn was hat sie weiter zur Grundlage, als das billige: qui prior tempore potior jure, und das Berücksichtigen der melior conditio zum Besten derer, welche eigentlich kein jus in re haben?

Mehr liegt nun aber im Grunde auch nicht in dem Satz, daß der, völlig untitulirte Besitzer dem Erben weichen muß, wenn dieser darthut, daß die Sache aus irgend einem Grunde zur Erbmasse gehört, und jener ganze Satz ist nicht uncivilistischer, als die actio Serviana und Publiciana, und genau betrachtet nichts, als eine Ausdehnung der letztern Klage. Bloß über die Gründe kann man hier in Verlegenheit seyn, in so fern wir darüber keine sichern classischen Zeugnisse haben. Allein wir sind bei der actio Serviana in derselben Verlegenheit. Denn warum schützte Servius nur den Verpachter, und nicht alle Pfandgläubiger? Mag also auch für unsern Fall Julians Ausspruch gelten: non omnium quae

17) L. 1. C. de donat. quae sub. modo (8. 55.)

18) L. 9. pr. L. 13. §. 1. L. 14. L. 35. L. 39. §. 1. de minor. (4. 4)

a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest [19]; die Sache ist deswegen nicht unbegreiflich, und auf keinen Fall so verzweifelt, daß man genöthigt seyn könnte, den classischen Juristen die gröbsten Irrthümer vorzuwerfen.

Denn es lassen sich mehrere Gründe denken, wodurch die Römer veranlaßt werden konnten, die Publicianische Milde bei Erbschaften auch auf die persönlichen Sachenrechte auszudehnen. Der, von Paulus in L. 19. pr. de her. pet. (5. 3.) angegebene, bloß aus dem Interesse entlehnte Grund ist freilich an sich sehr schwach. Denn wenn man auch negativ als Regel annehmen kann, daß wegen des Mangels keines vernünftigen Interesse alle, auf fremdes Gut gerichteten Klagen unzulässig sind, so kann man doch nicht umgekehrt sagen, daß das Interesse actiones in rem erzeugt, widrigenfalls ja die mehrsten persönlichen Sachenrechte, und namentlich die possessorischen Interdicte, auch in rem seyn mußten. Allein die Falschheit jenes Paulinischen Grundes läßt sich doch nicht behaupten, weil in der Römischen Praxis ausgemacht (wie bei uns) vielerlei aus schwachen Gründen angenommen ward, und weil die Classiker auch sonst wohl das bedeutende Interesse geltend machten, wo es eigentlich nach der Strenge nicht entscheidend war [20]. Man kann aber auch leicht bessere Gründe gehabt haben. Der scheinbarste lag gewiß darin, daß die Erbschaft als ein einfaches, unzertrennbares Collectivum behandelt ward [21]. Verbreitete sich also der Character der Dinglichkeit über das Ganze, so konnte die Consequenz auch bei dem Theil dasselbe annehmen, wie ja auch angenommen war, daß man jede bewegliche Sache als eine unbewegliche besitzt, wenn man sie mit einer Sache der letzten Art vereinigt hat. Es lassen sich aber auch viel einfachere

19) L. 20. de LL. (1. 3.)

20) Z. B. das, was oben von minoribus gesagt ist. Ferner Ulpians Entscheidung in h. 20. pr. de nr. pet. (5. 3.): puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur.

21) L. 3. pr. §. 1. de B. P. (47. 1.) L. 208. de V. 5. (50. 16.)

menſchliche Gründe denken, alſo Gründe, denen die Praxis am liebſten zu folgen pflegt, und welche immer auf die Bildung des Römiſchen Rechts Einfluß gehabt haben. Wenn nämlich Jemand geſtorben iſt, ſo tritt der Fall nur zu häufig ein, daß Erbſchaftsſachen unter der Hand entfernt, und verſchleppt werden, und daß die, welche von dem Erblaſſer leihweiſe ohne Empfangſcheine Sachen beſaßen, ein kurzes Gedächtniß haben, und das Zurückliefern unterlaſſen. Wenn ſich nun nachher ausweiſt, daß dieſe und jene Sachen aus irgend einem Grunde dem Erblaſſer rechtlich gehört hatten, wird dann nicht der gemeine Verſtand immer geneigt ſeyn, die Inhaber, welche nur pro possessore beſitzen, als präſumtive Räuber, oder als Perſonen, welche zur Rückgabe aus einem beſondern Grunde ſchuldig waren, aber aus Mangel an Beweiſen nicht förmlich überführt werden können, zu behandeln? Für die, gewöhnlich ſchlecht orientirten Erben iſt auch ſonſt mehr geſchehen, als ſie nach der Strenge des Rechts verlangen können. So müßte nach der Strenge der Erbe da, wo er für die culpa ſeines Erblaſſers einzuſtehen hat, die culpa des letztern gerade eben ſo, wie dieſer, verantworten. Allein Erben eines Tutors haften in der Regel nur ob culpam latam [22]). Alle ſolche Gründe laſſen ſich nun freilich nicht aus einfachen Elementen des alten Rechts gleichſam mathematiſch ableiten; allein ſind nicht grade dieſe menſchlichen Gründe eben das, was das ganze Neu-Römiſche Billigkeitsrecht im Gegenſatz der alten Strenge auszeichnet?

Auf allen Fall aber bleibt ſo viel gewiß, daß die Erbſchaftsklage mit jener ſogenannten Anomalie nichts mehr iſt, als eine, etwas erweiterte actio Publiciana, und civiliſtiſch eben ſo gut begriffen werden kann, als dieſe Klage, oder die actio Serviana.

22) L. 1. C. de hered. tudor. (5. 54).